



POR LOS MENORES, HIJOS DE CHRISTOual Marquez, difunto. Y por D. Ana Bueno de Ribera su madre.

EN EL PLEYTO

Con doña Elvira Donzel, y don Antonio Tello de Meneses su yerno, vezinos de la dicha ciudad.

En Granada, por Frãcisco Sãchez, y Baltasar de Bolibar, a la porteria de las Monjas Calçadas de Nuestra Señora del Carmen. Año de 1649.



L hecho deste pleyto es tã dilatado, que si se huuiera de ajustar como le cõviniera a estas partes que se hiziera, por lo mucho que se omitiò en su relacion de lo que resulta del pleyto en su fauor, fuera necessario el dilatarse mucho, y que el Relator lo entregasse, y assi solamente se fundarán con toda breuedad, por resoluciones, ó conclusiones, los puntos en que parece consiste su justicia.

2 ¶ En el primero, que la determinacion que oy ha de corresponder a este pleyto, ha de ser, y mirar a que la justicia de la dicha ciudad prosiga, y fenezca la liquidacion de los creditos que se pretende deue la hazienda del dicho Christoual Marquez, y que hasta entonces no se deue vender.

3 ¶ El segundo, que quando aquesto cesse, se deuen anular, y reuocar los autos en que se mandaron vender y rematar los dichos bienes, por no auerse cumplido con lo que se manda en la executoria del pleyto antiguo, y otros defectos q̃ se advertirán.

4 ¶ En el tercero, que el credito de la dicha doña Elvira Donzel no es cierto, y que quãdo lo fuesse en alguna parte, que se niega, lo deue liquidar, por no deuerse atender a la escritura que en su fauor otorgó la dicha doña Ana Bueno, por no auer tenido poder para ello.

5 ¶ Y en el quarto, que se deue condenar a don Antonio Tello de Meneses, a que pague y restituya todo lo que cobró y percibió de los alquileres de las casas de la dicha doña Ana Bueno, y reditos de vn censo de mil ducados de principal, por mas tiempo de treynta y vn meses.

PVNTO

6 ¶ Constante es que por la carta executoria del pleyto que se siguió en esta Corte, está mandado que se pagué a los acreedores del dicho Christoual Marquez lo que liquidassen que el susodicho les deuia, y assi antes de llegarse a la venta de los bienes del susodicho, era preciso y necessario el que se hiziesse la dicha liquidacion, porq̃ el executor de vna sentencia, qual lo es el Iuez Ordinario, no se deue, ni puede apartar de su tenor y forma, ex text. in l. cum post sententiam, C. de sentent. & interlocut. & ex multis Dom. Salgado 4. part. de Reg. protect. cap. 13. num. 13. Y tiene precisa obligacion, siendo con alguna condicion, ò calidad, como lo fue la que se dió en el dicho pleyto, pues se manda pagar lo que se liquidare, verificarla antes, vt ex multis dict. Dom. Salgado vbi proximé á num. 29. vsque ad 39. Y no haziendolo es todo lo que obra nulo, y atentado, como lo funda por todo el dicho capitulo 13. y desde el numero 49. aunque la cosa que se ha de verificar sea de calidad que requiera mucho conocimiento de causa, y aunque se ofrezcan fianças depositorias, para quando estè liquido lo que la sentencia manda, que es lo que sucedió en este pleyto, optimé Dom. Salgad. in dict. cap. 13. nu. 52. vbi multos.

7 ¶ Esto supuesto, es preciso el que la dicha liquidacion se hiziesse, y haga con citacion de los interessados, que son aquestas partes, primero que se llegasse a la venta de los dichos bienes, sin que obste el que la dicha doña Ana Bueno pidiesse el dicho remate, porque demas de no estar la peticion firmada de su nombre, ni de Procurador suyo, pudo muy bien antes del remate contradezirlo, aun quando estuuiesse firmada de su Procurador, ex l. 1. tit. 13. p. 3. Grat. cap. 3. num. 9. & 10. Y el que esté firmada de vn Abogado, aunque cōste

te que fuesse el que defendia a la dicha doña Ana Bueno, no constando que fuesse con su orden y ciencia tampoco le daña, ex l. 1. C. de errore advocat & ibi glos. verbo, *præsens*, l. 8. tit. 6. part. 3. ibi: *Entendiendolo*, y assi no le podrá prejudicar la dicha peticion, y por ella no se pudo prepos̄terar el orden de la dicha sentencia. Y mucho menos a los dichos menores, que son los principalmente interessados, no dandose en su nombre, ni por su curador, con que parece que es preciso que antes de que se llegue a la venta de los bienes se haga la dicha liquidacion con citacion destas partes, y en particular de los dichos menores, a quien de ninguna suerte se citó para la que se dize auerse fecho como lo deuieran ser, ex l. de vno quoque, ff. de re iudicat.

8 ¶ Pero aun quando todo esto cessasse, auiendo la dicha doña Elvira Donzel, despues de la executoria de atentado que huuo en fauor destas partes, buelto a parecer ante la justicia de la dicha ciudad de Sanlucar, como consta del pleyto Roll. 2. fol. 201. pedido que se nombrasse curador a los menores, para que se substanciasse con parte legitima, y con ello salido los menores contradiziendo el dicho remate. Y despues buelto a insistir la dicha doña Elvira, reconociendo la nulidad de la primera liquidacion, que se hiziesse otra, como consta de peticion suya, fol. 228. y en petició fol. 233. buelto a insistir en ello, y pedido, que los demas acreedores diessen poder a Procurador con quien substanciar legitimamente, y tambien que lo que huuiera cobrado el dicho don Antonio Tello su yerno fuesse por cuenta de su credito, con esto fue visto apartarse de los demas pedimientos y autos sobre la venta de los bienes, y aũ de las apelaciones que auia interpuesto, ex tex. in cap. solicitudinem, de appellat. Scac. de appellat. q. 17. limit. 2. à n. 43. & 50. D. Salgad. 1. par. cap. 5. n. 101. & 104. Con que parece preciso el que se aya de mandar el que se haga la dicha liquidació,

y hasta

y hasta estonces no se puede tratar de confirmar ni reuocar los autos de la venta, ni el remate, pues conociendo la dicha doña Elvira la nulidad que tenian, empeçò a substanciar de nueuo.

PVNTO II.

9 ¶ Pero caso negado que lo dicho no huuiesse lugar, parece que corre con llaneza el que se declaren por nulos los autos en que se mandarõ vender y rematar los dichos bienes, por todo lo q̃ queda fundado supra num. 6. de auerse llegado a vender antes de hazerse la liquidacion, contra el tenor de la sentencia, y no auerse hecho antes la liquidacion, como por ella se manda.

10 ¶ Y no auerse citado, ni hecho juyzio con los menores, siendo formal, por ser los que estauan representando a el dicho su padre, vt probatur ex l. creditor 4. C. de distraction. pign. & expresse in l. 48. tit. 13. part. 5. & quod aliàs non teneat, Afflict. decis. 385. num. 3. vbi Vrsilis Additionat. num. 5. Gamma decis. 205. num. 3. Auend. in diction. verbo, *almoneda*, vers. *In ista materia*, Dom. Couarr. lib. 2. variarum, cap. 11. num. 3. Azeued. in l. 19. tit. 21. lib. 4. Recopilat. num. 69. Parlador. quotidian. lib. 2. cap. fin. 5. part. §. 9. Rodriguez de executione, cap. 5. num. 82. & sequentib. Grat. cap. 375. num. 1. 2. & 4. Dom. Francisc. Hieroym. de Leon post decis. 75. lib. 2. in responso iuris in fauorem, Antonij Tallada num. 149.

11 ¶ Y aquesto es tan cierto, que no solo es necessaria la citacion para sacarse a vẽder los bienes, si no tambien para el vltimo remate, para que dé mayor ponedor, Bald. dict. l. si creditor, Stephan. Gratian. cap. 375. num. 1. 2. & 4.

12 ¶ Y tambien auia de ser el remate a pagar de contado, como se requiere de derecho en las ventas que se hazen para pagar acreedores, l. á Diuo Pio, §. sed si emptor, ff. de re iudicat. Fonta-

B nel.

nel.de pactis,claus.7.glos.3.part.6.num.20.Farinac.decis.464.nouissim.num.1.Gratian.cap.7.num.4. & 5.

13 ¶ Y finalmente fue todo nulo, por no auerse acompañado el Iuez estando recusado, que esto solo bastara, cap.accedens 2. vt lite non contestata, Scac.de appellat.quæst.14.num.62.Zeuallos de las fuerças, quæst.14.num.3.& 4. Lancell. de attentatis, cap.6.num.17. vbi quamvis appellatio non fuisset prosecuta.

PVNTO III.

14 ¶ El credito de doña Elvira Donzel se funda en la escritura que en su fauor otorgò doña Ana Bueno en veynte y nueue de Setiembre de 1633. en virtud del poder que su marido le auia dado en veynte y tres de Março de 1619. y los menores pretenden, que no se ha de atender a ella, porque quando se otorgó la dicha escritura ya la dicha doña Ana Bueno no tenia poder, porque auiendosele dado el dicho año de 19. estando de viage para las Indias, con auer buelto cessò, por auerse dado con atencion a la dicha ausencia, como se dize en dicho poder; quia cessante causa mandati, cessat mandatum, cap. si pauper Clericus, in fin. de Præbendis, lib. 6. y citando muchos Agustin Barbosa in axiomat.40.num.12.

15 ¶ Y en terminos terminantes, con textos y lugares en terminos, y que proceda aunque buelva y se buelva a ausentar, Mantica de tacitis & ambiguis conventionib.lib.7.tit.22.num.10 11.& 12.

16 ¶ Y aun quando el poder no huuiera cessado, tampoco fuera de momento la dicha escritura, por auer sido para diferente caso, como fue para que recibiesse, y cobrasse, y tomasse mercadurias fiadas, y dineros prestados, pero no para que le obligasse a lo que no recebia, y asi no pudo valer en

mas

mas de lo que contenia el poder, l. si Procurator, C. de Procuratoribus, l. maritus 21. C. eodem, l. 19. tit. 5. part. 5. Dom. Molina lib. 4. cap. 5. num. 10. & 22.

17 ¶ Y no obsta el que en el dicho pleyto se mandasse pagar el dicho credito, porque el defecto de poder se puede oponer etiam post sententiam, porque mira a la rayz y fundamento del acto, Bart. in l. licet, num. 1. C. de Procuratoribus, Paulus de Castro num. 4. Dom. Salgad. 4. par. cap. 3. num. 117. cap. 7. num. 125. eruditè Torreblanc. de iur. spiritual. lib. 3. cap. 12. num. 33. y en el 35. aunque sea despues de 1000. años, Auend. de secunda supplicatione, num. 4. vbi etiam post sententiã reuisionis, y trayendo muchas decisiones de la Rota Dom. Francisc. Hieronym. de Leon in respons. iuris, post decis. 173.

18 ¶ Y de derecho es la opinion mas cierta, que la sentencia dada en virtud de instrumentos no legitimos, ó por dolo, ó colusion de las partes se puede anular, ex l. 1. & 2. C. si ex falsis instrumentis, l. 1. tit. 26. part. 6. vbi Gregor. Lopez, verbo, *por falsas*, Dom. Paz de tenuta, cap. 14. per totum. Y en el caso presente no solo tiene el poder los defectos dichos, y auerse la sentencia dado en virtud de el, no siendo bastante, si no que assimismo el instrumento que la dicha doña Ana Bueno otorgó fue supuesto y simulado, para por este medio amparar sus bienes, juzgando que en ningun tiempo se valiesse del la dicha doña Elvira, como lo deponen muchos testigos, que aunque sean de oydas a vna y otra parte, que es lo que se opone contra ellos; prueuan plenamente la simulacion, concurriendo con ellos otros adminiculos, laté Farinac. quæst. 69 num. 4. & 44. 48. & 68. Noguerol allegat. 10. num. 7.

19 ¶ Y en este caso concurren muchos y muy grandes adminiculos. El primero, la inverosimilitud de que la dicha doña Ana Bueno quisiera obligarse por cosa tan iliquida, para que lue-

go

go se le executara, como se hizo dentro de muy pocos dias, & ex inverosimili probatur simulatio, Noguerol dict. allegat. 10. num. 70. El segundo, de no auer numeracion, y confessar lo que no recibiò, Noguerol vbi proximé num. 15. El tercero, de que la misma doña Ana Bueno pagaua las defensas y pedimentos que se hazian por la dicha doña Elvira Donzel, como lo prouó Iuan Simon de Gariuay, vno de los acreedores, de q̃ està los autos en el pleyto antiguo fol. 95. Y assimismo de q̃ vn Religioso q̃ defendia a la parte contraria pagaua y daua dineros para los gastos del defensor delos bienes, de q̃ ay carta de pago presentada en los autos, & ex impensis in negotijs factis ab eo, qui impédere non tenebatur probatur simulatio, Noguerol dict. allegat. 10. vsque ad 55. Cœpol. in tractat. de simulat. contractuum, nu. 41. vers. *Sexta conclusio*, Menoch. lib. 3. præsumpt. 122. num. 57. & sequétibus. Y el quarto, fuera de otros muchos que se pudieran ponderar, y que se deue atender mucho por V. S. es el que la dicha doña Elvira no atendiesse, para que se le obligasse la dicha doña Ana Bueno, si el poder que tenia era bastante, no siendo lo, como no lo es de ninguna suerte, y desto no solo se arguie simulacion, si no dolo y mala fee, pues si su credito fuera cierto, no auia de querer que se le obligasse quié no tenia poder para ello, como en terminos de poder ex doctrina Bart. & aliorum tenet Menoch. de arbitrar. casu 225. num. 11. en donde dize, basta esto solo quando ay alguna presuncion de colusion, y aqui ay, no sola vna, si no muchas, que bastan para tenerse por prouada la dicha simulacion, por prouarse por indicios, y presunciones, y conjecturas, Paulo de Castro cons. 59. volum. 2. vbi quod naturaliter non potest liquide probari, porque no se han de lleuar testigos para que vean y sepan aquello que se trata de ocultar, & ex multis optimé Noguerol dict. allegat. 10. n. 69.

20 ¶ A que no obsta la prouança que se quiso hazer de tres testigos de las cosas que se pretende

tende auerse entregado a el dicho Christoual Marquez, porque demas de estar varios, con que se excluyen, ex doctrina Bald. in l. sed etsi possessori, §. sed si rem, ff. de iur. iurand. y no citarse los vnos a los otros, siendo los dos marido y muger, se conuence notoriamente de que dizen, que las cosas dichas montaron 62U126. reales, que es lo que está sumado, y ajustandose las sumas ay yerro en mas de quatro mil reales, con que no se les deue dar credito, pues siendo tan notorio el no auer dicho con verdad en aquesto, en nada prueuan, por lo indiuiduo del juramento, Bald. in l. fin. num. 18. C. de iuris & facti ignorantia, Farinac. de testibus, quæst. 67. num. 11.

21 ¶ Y siendo asi, que la dicha doña Elvira dize en su pedimento, que se le deue la dicha cantidad, por auerse en ella apreciado por personas peritas los vestidos y cosas que se contienen en el memorial que presentó, de no auerlos presentado se prueua la verdad de la dicha simulacion; y quedan sin credito los demas testigos, Menoch. cons. 207. num. 36. ibi: *Præsumptionem esse contra eũ, qui examinari fecit testes deponentes de solo auditu cum potuerit examinari facere testes illos qui suis oculis viderunt*, que junto con los excessiuos aprecios que se reconoció a la vista tenian las cosas del dicho memorial, y con la prouança que ay de que la dicha doña Elvira Donzel era muy pobre quando pretende auerlos entregado, se verifica claramente la simulacion dicha; pues como queda fundado se prueua plenamente por simulaciones y argumentos.

22 ¶ De que resulta, que aun quando se huuiesse conocido y tratado del dicho poder y instrumento en el pleyto antiguo, no le pudiera prejudicar a esta parte para lo que oy pretende, y principalmente estando como estan contestadas las alegaciones que miran a los defectos y nulidades dichas, y no opuestose el no tener obligacion de responder a ello, oponiendo de la cosa juzgada, se de-

ue oy determinar segun lo alegado, y meritos dela justicia de esta parte, como con muchos Doctores lo funda Zauallos delas fuerças, 2. part. quæst. 111 á num. 2.

PVNTO IIII.

23 ¶ La pretension de aquestas partes parece indubitable, y que a el dicho don Antonio Tello se le deue condenar en todos los frutos que percibió en el tiempo que tuuo las dichas casas en virtud del remate que se le hizo, porque auiendose anulado por la executoria de atentado el titulo que tenia, la restitucion ha de ser con frutos, ex l. filius, §. contra tabulas, ff. de inofficios. testament. Mastrill. decis. 29. per totam, Giurba decis. 89. n. 2. Dom. Salgad. 4. part. cap. 14. num. 142. y en terminos de remate Surd. cons. 115. num. 11. & 13. Grat. cap. 7. num. 13. Y esto es mas sin duda por auerse anulado el dicho remate por los muchos defectos que tuuo, quia quando possessio vel sententia reuocatur ob defectum restitutio, debet esse cũ fructibus, Afflict. decis. 88. & 212. num. 12. Grat. cap. 207. num. 30.

24 ¶ Y no se le deuen hazer buenos los gastos que pretende auer hecho, porque no fueron necessarios, como lo tienen declarado el maestro mayor y alarifes, ni tampoco perpetuos, ni dieron mas valor a las casas, y assi non quod derogatum, sed quod melioratum est potest peti, ex l. in fundo, ff. de reiuindicatione, & ibi glos. verbo, *plusquam*, latè Guzman de euictionibus, quæst. 20. num. 11. & 13. & sequent. Y assi se espera que se ha de determinar en fauor de esta parte. Salvo in omnibus D. V. D. S.

El L. D. Diego Maldonado de Leon.